



UNIVERSIDAD DE LA RIOJA

TRABAJO FIN DE ESTUDIOS

Título

La desprotección de los menores: las situaciones de riesgo y desamparo.

Autor/es

SARA ARMAS HERRADÓN

Director/es

PEDRO V. DE PABLO CONTRERAS

Facultad

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Titulación

Grado en Derecho

Departamento

DERECHO

Curso académico

2017-18



La desprotección de los menores: las situaciones de riesgo y desamparo., de
SARA ARMAS HERRADÓN

(publicada por la Universidad de La Rioja) se difunde bajo una Licencia Creative
Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 3.0 Unported.

Permisos que vayan más allá de lo cubierto por esta licencia pueden solicitarse a los
titulares del copyright.

© El autor, 2018

© Universidad de La Rioja, 2018

publicaciones.unirioja.es

E-mail: publicaciones@unirioja.es



FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

TRABAJO DE FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

**LA DESPROTECCIÓN DE LOS MENORES: LAS SITUACIONES DE RIESGO Y
DESAMPARO**

AUTOR:

SARA ARMAS HERRADÓN

TUTOR:

Prof. D. PEDRO V. DE PABLO CONTRERAS

LOGROÑO

CURSO ACADÉMICO 2017-2018

RESUMEN

En el presente trabajo se analiza la desprotección de menores que se encuentran en situación de desamparo, estudiando la ley de protección a la infancia y a la adolescencia, y su regulación en la legislación riojana sobre menores, centrándose en la materia de la situación de riesgo y desamparo, a través del acogimiento familiar y el residencial.

ABSTRACT

The aim of this paper is to analyze the lack of protection of children, that find a helplessness situation, for study the new law of protection for childhood and adolescence and the children's regulation in the legislation of La Rioja focus interest on risk and helplessness situation, through study features of family and residencial fostering.

ÍNDICE

ABREVIATURAS

1. INTRODUCCIÓN

2. PROTECCIÓN DEL MENOR

2.1Origen y evolución

2.2Mecanismos de protección del menor

3. MARCO NORMATIVO

3.1Normativa externa

3.2Normativa interna

3.3Competencia en materia de menores

4. SITUACIÓN DE RIESGO

4.1Protección del Nasciturus

4.2Situación de riesgo del adolescente

4.3Atención Inmediata

4.4Guarda Provisional

4.5El derecho a ser oído del menor

5. SITUACIÓN DE DESAMPARO

5.1Sujetos protegidos

5.1.1Menores emancipados

5.1.2Menores discapacitados

5.1.3Menores extranjeros

5.2Las causas de la situación de desamparo

5.3Declaración del desamparo de urgencia

5.4Revocación de la declaración de desamparo

5.5Reintegración del menor en su familia

6. GUARDA ADMINISTRATIVA

7. ACOGIMIENTO

7.1Acogimiento familiar

7.1.1Elección del acogedor

7.1.2Acogimiento administrativo y acogimiento judicial

7.1.3Causas de cesación del acogimiento

7.2Acogimiento residencial

7.3Publicidad registral

8. CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

ABREVIATURAS:

Art.	Artículo
AGE	Administración General del Estado
AP	Audiencia Provincial
BOR	Boletín Oficial de La Rioja
CALR	Comunidad Autónoma de La Rioja
CCAA	Comunidades Autónomas
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
EA	Estatuto de Autonomía
FJ	Fundamento Jurídico
LOPJM	Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, y de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil
LPAC	Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas
LPMLR	Ley 1/2006, de 28 de febrero, de Protección de Menores de La Rioja
TS	Tribunal Supremo
PIF	Plan de Intervención Familiar

1. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo analizo los medios de protección del menor empezando por estudiar el marco normativo en el que se encuentra actualmente la situación del menor. Valorando las distintas situaciones en las que se puede encontrar desprotegido cuando los padres o tutores no pueden hacerse cargo de él. En el trabajo además analizo la situación de riesgo y la de desamparo que ha sido desarrollada por la reciente Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, comparándola con la regulación estatal LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, y de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y la normativa vigente en la CA de La Rioja en materia de menores desprotegidos, Ley 1/2006, de 28 de febrero, de Protección de Menores de La Rioja.

Asimismo el fin de este trabajo es analizar la situación de riesgo y los medios que tiene la administración para solucionarla, y el desamparo en el que se puede encontrar el menor, los distintos tipos para velar por el interés superior del menor con los mecanismos de guarda, acogimiento tanto familiar como residencial y los medios que tiene la Administración para intentar mantener al menor en el núcleo familiar lo máximo posible ya que este es uno de los fines pretendidos por la misma norma.

2. PROTECCIÓN DEL MENOR

2.1 Origen y evolución

Los menores son los sujetos a los que el Ordenamiento Jurídico da una mayor protección, ya que se entiende que son personas que no tienen una madurez suficiente para afrontar los conflictos que se plantean en la vida cotidiana, por no tener la capacidad de obrar necesaria, y por eso se les otorga un tratamiento especial. Uno de los problemas que se presenta en el tema de menores y más preocupa tanto en el ámbito social como en el jurídico es el caso de que los menores no puedan ser atendidos por sus progenitores. Esta preocupación era tal que se remonta hasta 1788, año en el que Carlos III estableció una Real Orden en la que se regulan las casas de expósitos.¹

¹Los niños expósitos tienen su origen en el Derecho Romano en el que, en el denominado *Ius Exponendi* en el que el Patria tenía la potestad de sacar a un hijo no deseado de su hogar. De esta forma el menor quedaba desamparado a la muerte o hasta que fuese acogido por alguien. CORTÉS BLANCO, M., “Del estigma al mito: Los niños expósito.” (referencia en línea: <http://www.edicionesirreverentes.com/newReportajes/reportajes/exposito.htm>)

La condición jurídica del menor, entendiendo por éste al menor de 18 años, ha evolucionado históricamente. En un principio los menores se consideraban como un elemento de la propiedad privada y del patrimonio de los padres. A lo largo de la historia se han producido situaciones de abandono, brutalidad, violencia y abuso hacia los menores y que ante su condición de sujetos desvalidos merecen especial protección y reconocimiento de sus derechos.² A pesar de que los menores consiguieron derechos, no eran ejercidos por ellos mismos sino a través de sus padres, pero esto no significa que no fueran los titulares de sus derechos, por lo que eran considerados como un auténtico sujeto activo.³ No es hasta después de la Segunda Guerra Mundial cuando se establece la autonomía y capacidad a los menores para ejercerlos. Esto se plasma en la Declaración Universal de 1948, incluyéndolo de forma implícita, hasta la posterior aprobación de la Declaración Universal de los Derechos del niño adoptada en 1959 por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Los mecanismos de protección del menor que dispone la Administración son: la guarda, el acogimiento y la adopción. Estos mecanismos entran en funcionamiento si los padres a cargo del menor no pueden velar por sus hijos. La protección del menor se ejercita a través de las Administraciones Públicas que deben informar al Ministerio Fiscal de la situación del menor y adoptar las medidas de protección necesarias, o en su caso tiene que ponerlo en conocimiento del Juez que acordó la tutela ordinaria.⁴

2.2 Mecanismos de protección del menor

Uno de los mecanismos de la Administración para proteger a los menores desamparados es la guarda, que puede dividirse en dos tipos distintos, la guarda de hecho y administrativa.

En la primera de ellas, se caracteriza por la no intervención de la Administración Pública ni judicial, sino que son los propios progenitores o tutores del menor los que al no poder atender a los menores o a los discapacitados⁵ otorgan la patria potestad a un guardador de hecho que no es nombrado por ninguna administración, aún así la autoridad judicial

²GARCÍA MEDINA, J., “La reforma del Derecho de Familia desde un enfoque de Derecho Humano”, en MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Los conflictos actuales en el Derecho de Familia*, Thomson Reuters, 2013, págs.161 y ss.

³PASCUAL MEDRANO, A., “La ley riojana de protección jurídica del menor: ámbito competencial, estructura y principios generales. La protección y defensa de los derechos del menor”, en *Jornadas Informativas de la Ley de Protección de Menores de La Rioja*, 2006.

⁴Según el art.172 CC.

⁵En virtud del Convenio de Nueva York de diciembre de 2006, sobre los derechos de personas con discapacidad se cambia el término incapacitado por discapacitado.

cuando conozca esta situación puede pedir un informe a ese guardador sobre la situación del menor y podrá imponer el Juez medidas de control y vigilancia si lo considera necesario. Esta guarda de hecho finaliza cuando los titulares de la patria potestad asuman sus obligaciones legales.

La guarda administrativa se caracteriza por ser la Entidad Pública correspondiente la que interviene, si bien dentro del nivel competencial destaca la administración autonómica. Relacionada con la guarda administrativa está el acogimiento que es otra de las formas de protección del menor, en esta figura se centrará el posterior análisis según las recientes normas que han modificado esta materia. El acogimiento se entiende que es el ejercicio de la guarda de los menores a través de dos posibles modalidades, que son el acogimiento familiar y el residencial, dependiendo de si el menor en caso de no poder seguir en la familia de origen por las circunstancias que conlleva la declaración de situación de desamparo, o sino se traslada al menor a un centro de menores.

La adopción es el mecanismo de protección del menor que es equiparable con el acogimiento del menor, pero en este caso se establece de una manera irreversible, en la que se atribuye la condición de hijo a alguien que no lo es biológicamente.

3. MARCO NORMATIVO

3.1 Normativa externa

Empezando por la normativa exterior hay que destacar la Convención de Derechos del Niño de 1989 que define el concepto de niño, estableciendo que es niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que por la ley que le sea aplicable ya haya alcanzado la mayoría de edad. También se establece la intervención de los Estados Parte del Convenio, así como las medidas necesarias para garantizar la protección del niño y su aplicación sin discriminación, ni hacia el menor, ni hacia los padres de éste.

En el preámbulo de la Convención se establece que *“Teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, “el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”*”. La Convención establece los derechos inherentes al niño, estableciendo en el art.3 que las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, autoridades administrativas u órganos legislativos, consideran primordial atender al interés superior del menor.

En la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea (2010/C83/02), en su art.24 establece el derecho a la protección y cuidado necesario. Además que pueden expresar su opinión libremente, y en función de su edad y madurez ésta será tomada en cuenta, están regulados los actos realizados por las Administraciones Públicas o instituciones privadas las cuales tienen que velar por el interés superior del niño.

El menor tiene derecho a mantener relaciones personales y contacto con su padre y madre, salvo que esto contravenga sus intereses. En el art.9.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, salvo, por revisión judicial o que las autoridades competentes así lo determinen. Esta separación se dará en casos particulares, por ejemplo, cuando el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres, o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

3.2 Normativa interna

El art.39 de la CE, asegura la protección social, económica y jurídica de la familia, así como en su apartado segundo la protección integral de los hijos, que todos ellos son iguales ante la ley, con independencia de su filiación. Teniendo en cuenta que los padres tienen que prestar asistencia a los hijos habidos dentro y fuera del matrimonio, en su minoría de edad y en los casos que legalmente proceda, esto implica el reconocimiento de la patria potestad. En el apartado cuarto se articula la protección de los niños prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos. En relación con éste, el art.9.2 CE impone la obligación a los poderes públicos de promover las condiciones para la libertad, la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, así como remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

En el preámbulo de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del CC y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción, da importancia al derecho de expresión del menor y a su opinión. *“La primacía del interés del menor, a que antes se ha hecho referencia, tiene su reflejo, por ejemplo, en la necesidad de contar con su consentimiento, para la adopción o para el acogimiento, a partir de los doce*

años, lo que implica también, indudablemente, la especial valoración de su negativa cuando, aun siendo menor de dicha edad, tenga suficiente juicio.”

En la LOPJM el interés superior del menor se recoge en sus principios rectores, en el art.2.1 dispone que todo menor tiene derecho a que se valore su interés superior y se considere como primordial, en todas sus acciones y decisiones que le conciernen, ya sea en el ámbito público o privado. Estableciendo el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir en las medidas adoptadas por las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales o los Órganos legislativos.

En 2015 entraron en vigor dos nuevas leyes, LO 8/2015 y la Ley 26/2015, se introducen cambios necesarios en la legislación española para la protección de la infancia y la adolescencia, permitiendo de este modo garantizar una protección uniforme en todo el territorio español. Este trabajo se centra en la normativa de la CALR por lo que tendremos en cuenta su regulación en materia de menores recogida en la Ley 1/2006, de 28 de febrero, LPMLR.

3.3 Competencia en materia de menores

En materia de menores la competencia exclusiva la han asumido las CCAA por tanto las medidas adoptadas por la administración pública, así como los procedimientos, están regulados en el art.148.1.20 CE donde se permite asumir las competencias en materia de asistencia social. Todas las CCAA han asumido la competencia, comprendiendo aquellas medidas de protección específicas que no están cubiertas por la Seguridad Social.

Esta competencia puede ser ejercida sin vulnerar las competencias exclusivas que tiene el Estado como es el régimen de Seguridad Social, el régimen económico y sobre todo la legislación civil. En el caso de la CALR a través del RD 1109/1984, de 29 de febrero, traspaso las funciones y servicios en materia de menores del Estado a la CALR.

La competencia exclusiva en materia de menores está recogida en su EA, en su art.8.1.30 se regula la competencia exclusiva en materia de asistencia y servicios sociales, y en el art.8.1.32 se regula en concreto la materia de protección y tutela de menores. Esta CA reguló por primera vez a través de la Ley 4/1998, de 18 de marzo, del menor, la actual ley de menores de la Ley 1/2006, de 28 de febrero, de Protección de Menores de La Rioja.

4. SITUACIÓN DE RIESGO

El Convenio sobre los Derechos del Niño no menciona la situación de riesgo pero establece una obligación de interponer medidas preventivas para evitar el maltrato mientras el menor está bajo la custodia de los padres o tutores, por parte de los Estados. La LOPJM regula las situaciones de desprotección social del menor, diferencia dos situaciones, la de riesgo (art.17) y la de desamparo (art.18).

De la propia ley se entiende que en caso de desprotección de un menor, la administración tiene que realizar una investigación de las causas que han llevado a esa situación y corregirlas, reguladas en el art.12⁶. Los poderes públicos tienen que promover la realización de las acciones que fomenten el conocimiento y cumplimiento de los deberes y responsabilidades de los menores en igualdad, no discriminación y accesibilidad universal, así como facilitar el ejercicio de los derechos de estos. Por lo que la administración tiene que promover este derecho de oficio o a instancia de parte, iniciando los procedimientos necesarios para distinguir estas dos situaciones.⁷ En opinión de TEJEDOR MUÑOZ hay supuestos en los que la administración se ha pronunciado sobre situaciones de dificultad del menor sin haber realizado una valoración de las circunstancias, declarando al menor en desamparo en una actuación precipitada, según la autora dictando la medida más grave, en lugar de analizar las circunstancias del menor y ver si eran más convenientes otras medidas como es el acogimiento familiar.⁸

Además en el art.16 LOPJM se establece que las entidades públicas competentes tienen la obligación de verificar la situación denunciada y adoptar las medidas necesarias para resolverla. Del art.39 CE se desprende que un deber de los poderes públicos es asegurar la protección de la familia, destacando el mandato de procurar la ayuda necesaria para que los padres o tutores puedan hacer frente a las necesidades del menor. Hay que tener en cuenta que lo que prima en todo momento es el interés superior del menor por lo que tiene que hacer una gran averiguación de los riesgos del menor, tomando la mejor medida, intentando que el menor pueda permanecer en su familia o en su núcleo familiar extenso, siempre que las circunstancias lo hagan posible.

⁶La Ley 26/2015, modifica la actuación de la protección en el art.12 LOPJM que desarrollan las actuaciones de las administraciones.

⁷TEJEDOR MUÑOZ, L., “La guarda, acogimiento y desamparo de menores” en POUS DE LA FLOR, M^a.P., TEJEDOR MUÑOZ, L., *Protección jurídica del menor*, Tirant lo Blanch, Valencia,2017, pág. 147.

⁸Ibidem., pág.148.

La situación de riesgo se define en el art.17 LOPJM, que ha sido reformado por la Ley 26/2015⁹, así como una serie numerada de causas que pueden perjudicar el desarrollo personal, social, familiar o educativo de los menores, sin ser una situación tan grave como para declarar el desamparo. Una vez detectada la situación de riesgo la Administración tiene que actuar para que esta desaparezca. En la doctrina cuando hablaba de situación de riesgo se solía tratar en el desamparo pero cada vez hay más opiniones doctrinales que se centran en concreto en la situación de riesgo.¹⁰ La diferencia que existe entre situación de riesgo y desamparo, es que en la primera no se asume la tutela del menor por la Administración, es decir, se caracteriza por no alterar la patria potestad que tienen los padres¹¹, manteniendo al menor en su núcleo familiar.

En el art.17.2 LOPJM se dispone que en situación de riesgo de cualquier índole, la Administración competente tiene que garantizar los derechos del menor, así como disminuir los indicadores de riesgo y las dificultades que haya en su situación personal, familiar y social, además de promover las medidas de protección y preservación del entorno familiar.

MORENO-TORRES distingue entre la prevención y la protección en caso de riesgo social. La prevención se da en las actuaciones en que no se observa desamparo, y la protección consiste en que los poderes públicos intervengan en el núcleo familiar en caso de indicios de desprotección del menor sin que se haya declarado la situación de desamparo.¹² En el art.17.4 LOPJM según DE PABLO CONTRERAS¹³ se entiende el carácter preventivo

⁹Considerando ésta, que a causa de circunstancias, carencias o conflictos familiares, sociales o educativos, el menor se ve perjudicado sin ser tan grave como para conllevar la declaración de desamparo y la asunción de la tutela por la Administración competente, si es necesaria la intervención de ésta, para eliminar, reducir o compensar las dificultades que afectan al menor y evitar el desamparo y exclusión social, sin ser separado de su entorno familiar. En la anterior redacción se entendía que era cualquier índole que perjudicaba el desarrollo personal o social del menor, que no requería asunción de la tutela por ministerio de la Ley. La actuación de los poderes públicos tiene que garantizar el derecho de asistencia y orientar para disminuir los factores de riesgo y dificultad social, además de promover los factores de protección del menor y su familia.

¹⁰MORENO-TORRES, J., *La seguridad Jurídica en el sistema de protección de Menores Español*, Cizur Menor, Navarra, Aranzadi, 2009, Pág.190.

¹¹La Ley 26/2015, ha introducido en el art.174 el deber del Ministerio Fiscal vigilar la tutela, acogimiento, guarda de menores, en el caso de 174.4. Los servicios competentes de las Administraciones públicas para atender a los solicitantes de información remitida por el Ministerio Fiscal para determinar la situación de riesgo o desamparo del menor.

¹²MORENO-TORRES, J., *La Seguridad Jurídica...*, op. cit., pág. 193

¹³DE PABLO CONTRERAS, P., "Instituciones de guarda y protección de menores o discapacitados. Guarda de Hecho. Declaración de desamparo. Acogimiento" en YZQUIERDO TOLSADA, M., Y CUENA CASAS, M., *Tratado de Derecho de la Familia*, (Volumen VI), Aranzadi, 2017.

de la situación de desamparo del menor. En el art.32 LPMLR se establece la prevención¹⁴, sobre la actuación de las Administraciones que tienen competencia y ejercen las funciones de protección de menores, dirigidas a prevenir la situación de desprotección social de menores. La Consejería competente en materia de Servicios Sociales es la encargada de desarrollar la política de prevención de estas situaciones de riesgo y de desprotección infantil que se hará a través de programas y recursos directamente o a través de la colaboración con Ayuntamientos o Entidades colaboradoras de integración familiar. La Consejería competente tiene que tomar las medidas necesarias para conseguir la protección efectiva de los menores desamparados, incluidos los nasciturus.

En la antigua redacción del art.17 LOPJM no se regula ni el procedimiento, ni los plazos, ni la competencia, la nueva regulación establece que se valorará la situación de riesgo elaborando un proyecto de intervención social y educativo familiar, donde tienen que constatar los objetivos, actuaciones, recursos y plazos, se promueve los factores de protección del menor y el mantenimiento de éste en su medio familiar. En la LPMLR en su art.41 se establece que tiene que declararse mediante una resolución motivada y expresa, estableciendo los motivos, las medidas de protección que se van a adoptar, la duración, las condiciones y los objetivos y los medios para su seguimiento. La situación de riesgo tiene que ser declarada por el titular de la Consejería a propuesta de la Dirección General competente en materia de Menores.

El art.40 LPMLR regula el concepto de situación de riesgo, cuando el menor está privado en su ámbito familiar de la asistencia moral o material, por cualquier perjuicio familiar o social que pueda suponer en un futuro una situación de desamparo, por lo que la protección de la situación de riesgo va destinada a la familia.¹⁵

Todas las personas que tengan conocimiento de que el menor está en situación de riesgo tienen que comunicarlo a las Entidades Públicas o al Ministerio Fiscal, incluyendo a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad. La LPMLR en su art.33 dispone las obligaciones de los ciudadanos y autoridades, en caso de detectar una situación de riesgo o desamparo de un

¹⁴En este término PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., establece el principio de subsidiariedad de la intervención pública en caso de desprotección de menores, estableciendo los principios de intervención mínima y de proporcionalidad en la relación de desamparo, en *Jornadas Informativas de la Ley de Protección de Menores de La Rioja*, 2006.

¹⁵En la LPMLR se regula en los arts.40 a 47, estableciendo el carácter prioritario de la actuación pública en la prevención de los factores de riesgo que afectan al menor.

menor que se encuentre en la CALR, creando la obligación de auxiliar al menor y de comunicar esa situación a la Consejería competente en materia de Servicios Sociales. Además se pone de manifiesto la obligación de poner en conocimiento esta situación a los encargados de la protección de los menores, como son los centros educativos, servicios sanitarios, ya sean públicos o privados, y éstos a su vez también tienen la obligación de comunicarlo a la Consejería competente sobre aquellos hechos que pueden suponer desprotección al menor.

La situación de riesgo se desarrolla en tres fases¹⁶: La fase de iniciación se realiza por el órgano administrativo competente, que realiza las averiguaciones sobre la situación de riesgo. En la fase de instrucción, una vez hechas las averiguaciones se valorará la situación del menor, se oirá a los menores y a los padres, en la LPMLR se contempla la posibilidad de dar audiencia al menor, cuando *“resulte preciso que preste su consentimiento, el menor, cuando sus condiciones de madurez lo permitan y siempre si fuere mayor de doce años, ha de ser oído”*¹⁷ en los procedimientos administrativos conducentes a su declaración en situación de riesgo o de desamparo, así como para la adopción de las concretas medidas de protección que pretendan aplicársele, su modificación o cese.” En estos procedimientos se dará audiencia a los padres, o tutores y en caso de que se opongan esto no evita la resolución. El menor tiene que ser informado por la Administración competente de su situación personal, medidas y actuaciones que adoptan, su duración y contenido, así como de los derechos que le corresponden y asisten, la información tiene que comprensible por éste, siendo veraz, adecuada y completa a lo largo del proceso de intervención.

La Fase de decisión sobre la situación de riesgo, en el actual art.17.6 LOPJM la declaración la realizará la Administración competente, según lo establecido en la legislación estatal y autonómica, a través de una resolución administrativa motivada, previa audiencia a los progenitores, tutores y del menor. La resolución administrativa tiene que incluir las medidas necesarias para corregir la situación de riesgo, así como los deberes de los progenitores, tutores, guardadores y acogedores. La redacción de la ley permite interponer recurso ante la declaración de situación de riesgo del menor.

¹⁶Las tres fases están basadas en la distinción realizada por MARTÍNEZ GARCÍA, C., *Los sistemas de protección de menores en la España de las Autonomías: situación de riesgo y desamparo de menores. Acogimiento familiar y acogimiento residencial*, Dykinson, S.L., Madrid, 2007.

¹⁷El derecho del menor a ser oído se establece por la doctrina en el límite de edad de 12 años, ya que se entiende que no todos los menores tiene la misma madurez a lo largo de su infancia y adolescencia.

Según el art.41 LPMLR la situación tiene que ser declarada por resolución motivada y expresa de la Consejería o Dirección General competente en materia de protección de menores. En los arts. posteriores se regulan las medidas de protección en situaciones de riesgo en las que se adoptan medidas de apoyo familiar para cubrir las necesidades básicas y promover un desarrollo integral en el medio familiar sin necesidad de sacarlo del entorno familiar. Estas medidas pueden ser de apoyo a la familia o al que tenga la guarda del menor que puede consistir en la prestación económica o en especie, ayudas a domicilio, intervención técnica. Estas medidas de protección no son incompatibles entre sí, sino que se pueden dar más de una de forma simultánea, siempre que sean atendidas por la situación de riesgo.

Las familias (progenitores, tutores, guardadores o acogedores) que se hayan visto afectadas por estas medidas tienen que cooperar con la administración de una forma activa para que se cumplan los objetivos establecidos, en caso de omisión de la colaboración prevista conlleva la declaración de la situación del riesgo del menor, en relación con el art.17.5 LOPJM. En La Rioja su art.42.4 establece además que en caso de incumplimiento de la resolución que declara la situación de desamparo, se puedan imponer sanciones, si la falta de cooperación con la administración impidiese alcanzar los objetivos.

En el art.46 LPMLR se regula el seguimiento y ejecución de las medidas de protección adoptadas por la resolución que declare en situación de riesgo, el cual corresponde a los Servicios Sociales del Primer Nivel, que son los competentes al domicilio de los interesados. Esta resolución puede ser modificada en el caso de que hayan cambiado las circunstancias inicialmente tenidas en cuenta para declarar la situación de riesgo, los Servicios Sociales de Primer Nivel tienen que emitir un informe sobre el cambio de la situación del menor y en todo caso se tiene que emitir en un periodo de 6 meses, valorando las medidas y la eficacia de estas, proponiendo la modificación o sustitución por otras adaptadas o en su caso la cesación cuando concurrieren causas para ello.

El art.47 LPMLR regula la cesación y modificación de la situación de riesgo. Esta situación cesa por varios motivos:

- Mayoría de edad del menor.
- Cumplimiento del plazo establecido por la Administración para el ejercicio de las medidas de protección.

- Por resolución del titular de la Consejería, dictada por la Dirección General competente en materia de menores si han desaparecido las circunstancias que motivaron las medidas de protección.

En la redacción actual del art.17.8 LOPJM se regulan los supuestos en que la Administración competente aprecia e interviene en la situación de riesgo considere que existe una situación de desprotección en la que puede requerir la separación del menor de su ámbito familiar. Una vez concluido el período previsto en el proyecto de intervención y no se han conseguido los cambios en el desempeño de los deberes de guarda que garanticen que el menor tenga la asistencia moral o material necesaria, lo pondrá en conocimiento de la Entidad Pública para que valore la procedencia de declarar la situación de desamparo, comunicándose al Ministerio Fiscal.

Si la Entidad Pública considera que no procede declarar la situación de desamparo, pese a la propuesta formulada por la Administración competente, lo pondrá en conocimiento de la Administración que haya intervenido en la situación de riesgo y del Ministerio Fiscal. Y se realizará una supervisión de la situación del menor por el Ministerio Fiscal, permitiendo a éste recabar la colaboración de los centros escolares y de los servicios sociales, sanitarios y cualquier otro.

Estableciendo el art.17.9 LOPJM la colaboración de la Administración competente con los servicios de salud correspondientes, así como las medidas de educación, de prevención, intervención y seguimiento de las situaciones de riesgo prenatal, que tratamos más adelante.

En caso de que se trate de un menor en riesgo por padres separados¹⁸ y las circunstancias estén provocadas por uno de los padres, la declaración de riesgo puede evitarse dando al otro progenitor la guarda y custodia del menor. Cuando no haya acuerdo, puede decidir el juez en virtud del art.159 CC, otorgándole al otro padre la guarda y custodia del menor, en beneficio siempre del menor, para que de esta forma no se declare la situación de riesgo, porque seguir viviendo con ese progenitor o tutor pueda llegar a perjudicar al menor en su desarrollo familiar o social.

¹⁸DE PABLO CONTRERAS, P., “Instituciones de guarda...”, op. cit., pág. 506.

4.1 Protección del Nasciturus

En nuestro Ordenamiento Jurídico no se protegía la situación del nasciturus en caso de situación de riesgo, pero con las reformas de la LO 8/2015 y Ley 26/2015, se ha regulado este supuesto de riesgo prenatal.

La doctrina mayoritaria considera al nasciturus como un sujeto sin personalidad jurídica, ya que ésta se adquiere en el momento del nacimiento, por lo que el concebido no nacido está en una situación de dependencia con su progenitora. CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO establece “*durante esta situación de dependencia y hasta que se produzca el nacimiento, se le tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, es decir, todo aquello que comporte una adquisición de derechos, aunque ineludiblemente dicho derecho pueda conllevar una carga o gravamen*”¹⁹, así lo establece el art.29 CC.

La STC 53/1985, de 11 de abril, sobre el aborto, en su interpretación del art.15 CE establece que no solo protege la vida separada del vientre materno sino también aquella que depende de éste. Con la reforma se establecen las situaciones de intervención de posible riesgo prenatal para evitar con posterioridad una eventual declaración de situación de riesgo o desamparo del recién nacido.

En el propio Preámbulo de la Ley 26/2015, se destaca que en la regulación del desamparo, además de la modificación del art.18 LOPJM²⁰, se establece el desglose del art.172 CC en tres artículos, en los que separa la regulación de desamparo (art.172), la guarda a solicitud de los progenitores o tutores (art.172 bis) y las medidas de intervención en ambos supuestos a través del acogimiento residencial y familiar (art.172 ter).

En la LOPJM art.17.9 se realiza una enumeración de lo que se entiende por riesgo prenatal:

- La falta de cuidado físico de la mujer gestante.
- El consumo abusivo de sustancias con potencial adictivo, así como cualquier otra acción propia de la mujer o de terceros tolerada por ésta, que perjudique el normal

¹⁹CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, M^a.C., “La protección jurídica del nasciturus en el ordenamiento jurídico español”, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, 2017.

²⁰MORETÓN SANZ, M^a.F., indica que en el art.18 d) se recoge como causa de desamparo “el consumo habitual de sustancias con potencial adictivo por parte de los progenitores, tutores o guardadores, entendiendo por habitual los criterios de consumo perjudicial, abuso o dependencia, según la Organización Mundial de la Salud o de la Asociación Americana de Psiquiatría.”, pág.259.

desarrollo o pueda provocar enfermedades o anomalías físicas, mentales o sensoriales al recién nacido.

Además añade que los servicios de salud y el personal sanitario tienen el deber de notificar esta situación a la Administración competente, así como al Ministerio Fiscal. Tras el nacimiento se mantendrá la intervención con el menor y su unidad familiar para que en caso de que fuera necesario se declare la situación de riesgo o desamparo del menor para su adecuada protección.

En el ámbito sanitario además se regula que la negativa de los progenitores, tutores, guardadores o acogedores a prestar el consentimiento respecto a los tratamientos médicos necesarios para salvaguardar su vida o integridad física o psíquica de un menor constituye una situación de riesgo. Las autoridades sanitarias en esos casos deben poner inmediatamente en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, estas situaciones y se tienen que realizar para tomar las decisiones que mejor salvaguarden el interés del menor, regulado en el art.17.10 LOPJM.

Se trata de una situación complicada porque el menor no ha nacido y en caso de que se tome alguna medida de protección tiene que tener el consentimiento de la madre, en caso de que ésta no lo de, el Ministerio Fiscal tendrá que poner en marcha los mecanismos para que en el momento del nacimiento se inicien los trámites oportunos para facilitar la adopción del menor.

MORENO-TORRES indica que se pueden presentar otros problemas como es la declaración de situación de riesgo del nasciturus en una CA y en cambio la mujer se va a otra para evitar las medidas de protección, por lo que sería necesario una cooperación autonómica. Al tratarse de un concebido no nacido dependiente de la madre se produce una situación de conflicto entre la protección del menor no nacido y de la voluntad de la madre, la situación de riesgo puede ser solicitada por el otro progenitor²¹. En este supuesto la nueva redacción del art.172.5 CC establece en su apartado b) que en caso de que el menor esté en otra CA y está hubiere dictado la resolución y asumido la tutela, protección del menor o decidiera que no son

²¹MORENO-TORRES. J, *La Seguridad Jurídica...*, op. cit., págs. 206-207.

necesarias las medidas de protección, la Entidad Pública de origen cesará la tutela que ostenta.

En el art.32.4 LPMLR dispone que los Servicios Sociales tomarán las medidas necesarias sobre protección efectiva de los menores desamparados, incluso antes de nacer, cuando se prevé claramente que el nasciturus nazca en cuyo momento se declarará en situación de desamparo.

4.2 Situación de riesgo del adolescente

En la anterior redacción de LOPJM no se hacía referencia al adolescente, con la entrada en vigor de la LO 8/2015 y la Ley 26/2015, no se menciona expresamente la situación de riesgo en el caso de la adolescencia. Pero en el art.40 LPMLR se entiende que se refiere a ellos a los adolescentes por la inadaptación²². En el caso de los menores adolescentes se entiende que ya tienen la madurez suficiente para ser oídos y tener en cuenta su opinión. Uno de los casos más comunes son los menores que no quieren seguir estudiando, y se plantea la cuestión de si se considera como causa de desamparo a pesar de que sea el menor de edad el que lo haya decidido. MORENO-TORRES entiende que el menor tiene que estar escolarizado hasta los 16 años, pero habría que estudiar cada caso concreto. Ante esta situación la LO 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, regula los Programas de diversificación curricular en cuyo art.27 establece que en caso de que no quiera seguir estudiando hasta los 16 años, no se declare su situación de desamparo.

Según el art.48 LPMLR tiene la rúbrica de “*Menores emancipados y habilitados de edad*”, en el que se establece que los menores o habilitados de edad pueden ser declarados en situación de riesgo en caso de que no tengan los medios materiales para subsistir o existan indicios de que en un futuro puedan estar en una situación de inadaptación. Serán de aplicación las medidas que son adoptadas como apoyo a las personas menores de edad, para cubrir las necesidades básicas y promover su plena integración social y laboral.

En el art.35 de la misma ley se valora la situación de desprotección de los menores y el deber de colaboración, donde se establece que se tiene que estudiar la situación del menor y su entorno familiar, por lo que se entiende que se tiene que estudiar el caso concreto,

²²En este sentido se entiende que se refiere a la situaciones de inadaptación en el caso de que se hagan daños a ellos mismo o a terceros. MORENO-TORRES, J., *La Seguridad Jurídica...*, op. cit., pág.210.

incluyendo un expediente de los agentes sociales que hayan intervenido, donde deben reflejarse las condiciones que perturben al menor. Las instituciones tanto públicas como privadas tienen que colaborar con la Dirección General competente en materia de protección de menores, proporcionando la información que sea relevante para instrucción y resolución.

4.3 Atención Inmediata

En el art.14 LOPJM²³ se establece que las autoridades y servicios públicos tienen la obligación de prestar la atención inmediata que precise cualquier menor. Teniendo que actuar en el ámbito de sus competencias para dar traslado al órgano competente y poner los hechos en conocimiento de los representantes legales del menor. El art. establece que en caso de necesidad se tendrá que poner en conocimiento de la Entidad Pública y del Ministerio Fiscal.

La Entidad Pública además puede asumir el cumplimiento de la obligación de prestar la atención inmediata de guarda provisional de un menor, que tiene que ser comunicada al Ministerio Fiscal, y practicar las diligencias precisas para identificar al menor, investigar las circunstancias que llevan a esa atención inmediata, además de contrastar la situación real de desamparo.

En el caso de La Rioja se establece en su art.34 el carácter de urgencia de la situación del menor, los Servicios Sociales dependientes de la Administración de la CALR o Entidades Locales territoriales. En caso de la intervención por parte de las Entidades Locales tienen que poner los hechos en conocimiento de la Consejería competente en materia de Servicios Sociales, imponiendo para realizarlo el plazo más breve posible, pero que en ningún caso puede exceder de 48 horas.

La Administración tiene que intervenir de forma inmediata, teniendo que poner en conocimiento de los representantes legales del menor los hechos y en su caso el inicio del procedimiento administrativo correspondiente en la mayor brevedad posible, y en los términos que establece la ley. El procedimiento que establece La Rioja para la atención inmediata no está sujeta a requisitos procedimentales, ni de forma, sino que se puede interponer cualquier medida que sea necesaria para preservar la vida, la integridad física o

²³Modificado por la Ley 26/2015, 28 de julio.

moral, o la salud del menor. Se impone un deber de prestar auxilio inmediato por cualquier persona, en caso de que lo precise el menor.

Puede ocurrir que el menor exija el ingreso provisional para su atención inmediata en un centro de protección de menores pero las circunstancias del menor hagan imposible la resolución previa de la Entidad Pública, en cuyo caso el ingreso del menor será acordado por la Autoridad Judicial o por el Ministerio Fiscal, casos en los que el Director del Centro tiene que dar cuenta a la Autoridad Judicial en un plazo de 48 horas.

Al igual que en la LOPJM se establece que la Entidad Pública tiene que prestar la atención inmediata, asumiendo la guarda provisional, comunicando al Ministerio Fiscal, y realizando las diligencias precisas de identificación del menor, describir las circunstancias y constatar la situación de desamparo de éste en caso de que la hubiera.

La atención inmediata se aplicaba sobre todo en los supuestos de menores extranjeros no acompañados, aquellos menores que entran en nuestro país sin ningún tutor o representante legal. En este caso hay que acudir a la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, y además a la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, que establece que las Entidades públicas de las CCAA son competentes en esta materia de protección de menores y tienen que promover la inscripción de la tutela de la administración que asume la guarda sin perjuicio de la anotación.²⁴

4.4 Guarda provisional

La guarda provisional da la posibilidad a la Entidad Pública sin haber declarado la situación de desamparo de establecer una guarda provisionalmente, sin necesidad de que los progenitores o tutores lo soliciten, para dar una atención inmediata al menor. La guarda provisional supone que la Administración asume la guarda separando al menor de su familia de origen.

El procedimiento a seguir en esta guarda es a través de una resolución administrativa que se comunicará al Ministerio Fiscal, mientras se realizan las pruebas necesarias para identificar al menor, e investigar los motivos que llevan a la situación de desamparo. TEJEDOR MUÑOZ destaca que durante la realización de las diligencias el menor no está

²⁴DE PABLO CONTRERAS, P., *Instituciones de guarda...*, op. cit., pág.506.

bajo la tutela de la Administración Pública, asume la guarda no sabiendo en qué concepto, ni las obligaciones y las responsabilidades que tiene la Administración en la relación de las diligencias. Esta autora indica que es una redacción poco acertada de la Ley 26/2015, ya que no establece en qué plazo se tienen que realizar las diligencias, sino que se establece que tiene que ser el periodo de tiempo lo más breve posible en el que se tiene que declarar el desamparo asumiendo la tutela la administración o en caso de que existan personas en el entorno familiar que velaran por el interés social del menor se tiene que instar al nombramiento de un tutor. Y en caso de que el plazo ha transcurrido sin que se haya pronunciado la resolución de la tutela u otras medidas de protección, el Ministerio Fiscal tiene que establecer las medidas de protección que sean más adecuadas.

En el preámbulo de la Ley 26/2015, se dispone como requisito imprescindible que se tiene que dar en situación de urgencia, de esta forma se establece un límite temporal porque de no ser así se producirían situaciones de inseguridad jurídica, en este punto TEJEDOR MUÑOZ²⁵ añade que se tiene que tener en cuenta que la ley no establece cuales son estos plazos y tiene en cuenta que el fin con el que se ha redactado la ley es solucionar problemas y no generarlos. En el caso de LPMLR se recoge la guarda provisional dentro del art. destinado a la atención inmediata, estableciendo que la Entidad Pública al estar obligada a prestar la atención al menor puede asumir su guarda provisional, comunicándoselo al Ministerio Fiscal, y realizando las diligencias necesarias para identificar al menor e investigar la causas y circunstancias de la situación real de desamparo, siguiendo lo regulado en el art.172.4 CC.

4.5 El derecho a ser oído del menor

En este apartado me ha parecido destacable tratar el derecho del menor a ser oído, a tener en cuenta la opinión de los menores en los procedimientos administrativos en los que están involucrados. El menor tiene derecho a ser oído y escuchado según se establece en el art.9 LOPJM, en los procedimientos judiciales o administrativas el menor tiene que tener un carácter preferente, se tiene que garantizar este derecho cuando tenga la madurez suficiente, y puede ejercitar este derecho por sí mismo o por otra persona que lo represente, teniendo en cuenta la capacidad del menor para comprender, pero en todo caso cuando tenga la madurez suficiente²⁶ o cuando el menor alcance la edad de doce años. En caso de que se deniegue la

²⁵TEJEDOR MUÑOZ, L., “La guarda, acogimiento...”, op. cit., pág.154

²⁶En la antigua regulación del art.9 LOPJM se hablaba de suficiente juicio del menor, con la nueva regulación se determina por madurez, a través de la LO 8/2015, de 22 de julio.

competencia de los menores directamente o por el representante del menor, esa denegación tiene que estar motivada por el interés superior de éste, y se tiene que comunicar al Ministerio Fiscal y a su representante.

El art.172 ter.3 CC regula la adopción de medidas en relación con el acogimiento ya sea familiar o residencial, que sean más convenientes para el interés del menor y se acuerdan una vez oído el menor. En relación con este derecho, es importante tener en cuenta que dar audiencia al menor y tener esta opinión un carácter preferente para tomar la medida necesaria que sea más acorde al interés del menor, no significa que el menor sea el que decida, sino que se tiene que valorar la opinión del menor con los demás elementos para determinar el desamparo. También cabe destacar que se trata de un derecho por lo que el menor se puede oponer a dar su opinión.

En la LPMLR se regula el derecho del menor a ser oído en su art.14 el ejercicio de este derecho en cualquier procedimiento administrativo en caso de que afecte a su ámbito personal, familiar y social, se tiene que velar porque este derecho se cumpla de la forma adecuada a su situación sin que se someta al menor a ninguna presión.

RAMÓN FERNÁNDEZ²⁷ destaca que en la nueva ley hubiera sido un buen momento para regular cuando el menor tiene suficiente madurez, ya que hace referencia *“en todo caso”* cuando tenga 12 años, pero un menor de edad inferior a esa puede ser también oído siempre que se considere que tiene la madurez suficiente pero no hay recogidos en la ley parámetros que determinan si el menor tiene o no esa madurez. La doctrina en relación con el término madurez establece que es *“la capacidad del menor para expresar sus opiniones sobre las cuestiones del asunto en que esté implicado de forma razonable e independiente, y serán valoradas por profesionales para garantizar una atención de calidad, concretando incluso los expertos mínimos que deberán actuar en cada caso, su graduación y calificación de expertos. En todo caso se estimará el peso de su opinión en la adopción de la decisión”*²⁸

5. SITUACIÓN DE DESAMPARO

Comenzado por el análisis del art.172.1.2 CC considera como situación de desamparo la que se produce de hecho como consecuencia del incumplimiento, la imposibilidad o

²⁷RAMÓN FERNÁNDEZ, F., en “El derecho del niño a ser oído y escuchado en todos aquellos asuntos que le afecten”, en CABEDO MALLOL, V.J., *Comentarios sobre las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pág.155.

²⁸Ibidem., pág.145.

inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material.

Ni en el CC, ni en la LOPJM en su antigua regulación se hacía una enumeración de las causas de desamparo, en cambio en la LPMLR, si se regulan en su art.49 los supuestos que producen la declaración de desamparo. La Ley 26/2015 establece una nueva redacción para el art.18 LOPJM donde dispone un listado de causas. El mismo art. establece los indicadores de desamparo, como tener un hermano en situación de desamparo salvo que esa situación haya cambiado. Esta lista de circunstancias que tienen la suficiente gravedad que suponga una amenaza para el menor y se tienen que valorar a través de los principios de necesidad y proporcionalidad. El propio TS en la Sentencia de 14 de noviembre de 2011 establece que las medidas tienen que ser las más favorables para el desarrollo físico, intelectual y para la integridad social del menor y se haga lo necesario para el retorno del menor a su familia de origen.²⁹

5.1 Sujetos protegidos

La administración protegía a los menores de edad por tutela administrativa que están en situación de desamparo, los menores de dieciocho años³⁰ que estén en territorio español, los menores protegidos por la administración en caso de desamparo y está regulada en el art.239 CC donde se establece que corresponde por ministerio de la ley a la Entidad Pública.

5.1.1 Menores emancipados

En el caso de los menores emancipados no entran dentro de la regulación en materia de protección de menores. El art.48 LPMLR regula como ya hemos analizado la situación de riesgo.

Art.49.4 LPMLR establece que no puede ser declarado en situación de desamparo el menor emancipado o habilitado por edad. Pero en cambio la ley establece medidas de apoyo adecuadas para que el menor emancipado tenga una calidad de vida suficiente. Se establecen como medidas la prórroga del acogimiento residencial cuando exista un proyecto de ayuda

²⁹GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.,“El interés del menor en materia de acogimiento y adopción: retorno a la familia biológica versus adopción”, en *La Concurrencia del interés del menor en la jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, 2014.

³⁰Se entiende que están protegidos todos los menores de dieciocho años, salvo en aquellos supuestos en los el menor hubiera alcanzado la mayoría de edad en virtud de la ley aplicable.

socioeducativo, a través de un piso de emancipación a partir de 18 años, y con programas de formación, inserción laboral, etc.³¹

5.1.2 Menores discapacitados.

Los menores discapacitados están protegidos en caso de estar en una situación de desamparo, pero no solo los menores sino también los mayores de edad, pudiendo nombrar un tutor en caso de no existir tutores de las personas que se completan.

El art.239 bis CC establece la protección de las personas que tienen la capacidad modificada judicialmente, en este caso también se tiene que comunicar a la autoridad judicial, por los mayores o menores de edad. En el caso de mayores de edad, se da la situación de desamparo por no tener un tutor o al no cumplir éste con los deberes encomendados.

5.1.3 Menores extranjeros

En los últimos años ha tomado mucha relevancia debido a que la inmigración es cada vez más relevante, lo que ha conllevado la creación de una normativa específica. Por menores extranjeros no acompañado se entienden a los menores de 18 años que llegan al Estado Español sin compañía.

En los casos en que no se pueda determinar la edad del menor, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado tienen que establecer las medidas necesaria para determinarla, además de su identificación, se tiene que inscribir el Registro de Menores Extranjeros No Acompañados. Pero es la AGE una vez que se haya oído al menor la encargada de establecer la repatriación o la permanencia del menor en España.

Habría que empezar por determinar si el menor se encuentra en desamparo, o es cuando se tramita el expediente. TEJEDOR MUÑOZ establece que en el momento de la tramitación del expediente no se declara el desamparo y la Administración no asume la tutela de forma autónoma sino que es solo una guarda provisional o urgente.

Además se regula por primera vez en la LOPJM la competencia de las Entidades Públicas para la protección de los menores españoles en situación de desprotección en un país extranjero y el procedimiento a seguir en caso de traslado de un menor protegido desde una CA a otra distinta, en el art.17.7 LOPJM en el que se establece que la Administración competente esté desarrollando la intervención de riesgo del menor y cuando tenga el

³¹El programa de acompañamiento está gestionado por Cruz Roja y financiado por la Administración.

conocimiento del traslado del ámbito de otra entidad territorial. En este caso la Administración de origen tiene que poner en conocimiento a la Administración de destino para que continúe la interacción por remisión de la información y documentación necesaria. En el supuesto de que la Administración de origen desconociera el lugar de destino, tiene que pedir auxilio a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para averiguar el destino del menor, y una vez conocida la localidad del menor, se tiene que poner en conocimiento de la Entidad Pública competente en el territorio para que se continúe la intervención.

5.2 Las causas de la situación de desamparo

La Ley 26/2015 como ya he indicado realiza un listado de circunstancias que pueden causar desamparo, pero no significa que en el caso en que se produzcan estas circunstancias suponga una situación de desamparo, sino que se tiene que ver la gravedad de todas estas circunstancias valorando el principio de necesidad y proporcionalidad.

La primera causa que recoge la nueva redacción es el abandono del menor por aquellas personas que ejercen la guarda, así como el transcurso de la guarda voluntaria por sus responsables legales. También el riesgo para la vida, salud e integridad física del menor, sobre todo en aquellos casos que haya malos tratos físicos graves, abusos sexuales o negligencia grave por no cumplir las obligaciones alimentarias y la salud por la unidad familiar.

No sólo se regula el daño o el riesgo físico sino también está protegida la salud mental del mismo, su integridad moral y el desarrollo de su personalidad como consecuencia del maltrato psicológico continuado, la falta de atención grave y las necesidades afectivas o educativas. La ausencia de escolarización también es considerada como una de las causas de desamparo, o la falta reiterada y no justificada adecuadamente al centro educativo y la permisividad para el absentismo escolar en las etapas en las que la escolarización es obligatoria.

El incumplimiento o imposibilidad del ejercicio de los deberes de guarda como consecuencia del grave deterioro del entorno de la vida familiar, cuando den lugar a un comportamiento o circunstancias que perjudiquen al menor o a su salud mental. También son causas de desamparo la inducción a la mendicidad, delincuencia o prostitución así como la explotación del menor de similar naturaleza.

Deja una cláusula de cierre en la que se considera cualquier situación gravemente perjudicial para el menor que venga causada por el incumplimiento o la imposibilidad del

ejercicio de la patria potestad, la tutela o la guarda, cuyas consecuencias no puedan evitarse manteniendo al menor en el núcleo familiar.

Este art. añade como novedad que la situación de pobreza de los padres no puede ser tenida en cuenta como causa de una situación de desamparo, ni se puede separar a un menor de sus progenitores en caso de que el menor sea discapacitado o porque uno de los progenitores o ambos lo sean. Como circunstancia llamativa de causa de desamparo se da en los casos de sobreprotección del menor, la AP de Cantabria ratificó el desamparo al determinar que el ambiente familiar estaba normalizado por el aislamiento social, establecido que los menores tenían una carencia de las necesidades de carácter emocional y sociales *“inadecuadamente atendidos por la sobreprotección patológica que los padres ejercen sobre sus hijos”*³²

MORETÓN SANZ³³ establece que las medidas de protección que se han modificado por las nuevas leyes son una consecuencia de la aplicación de los Acuerdos Internacionales, estas situaciones en la anterior regulación no estaban definidas de una forma clara o determinada, se definían por la doctrina, la jurisprudencia y a través la normativa autonómica establece una definición más clara y precisa. En el caso de LPMLR la situación de desamparo se regula en los art.49 a 56, donde se indican las causas que se encuentran en situación de desamparo, que son establecidas en el CC, en caso de que el menor carezca de necesaria asistencia moral o material.

Cuando se tenga conocimiento de que el menor esté en una situación de desamparo, la Dirección General tiene que iniciar el expediente administrativo.³⁴ En la fase de instrucción se estudia la situación personal y familiar del menor, para conocer si hay desamparo y cuál es la mejor forma de proteger el interés superior de éste.

Hay un trámite de audiencia a los padres, tutores guardadores de hecho del menor, y también del menor cuando éste tenga la madurez necesaria, y en todo caso cuando sea mayor de 12 años. Los padres del menor tienen que ser oídos siempre antes de que el expediente se resuelva, y después de la resolución del expediente tienen que ser oídos y valorados por si es

³² FJ. Segundo de la Sentencia de Juzgado de Primera Instancia de Santander de 14/12/2015.

³³ MORETÓN SANZ, M^a.F., *La declaración de situación de riesgo...*, op. cit., págs. 249-271.

³⁴ Hay que tener en cuenta los deberes de denuncia por los que no se puede producir una instancia de parte, y la resolución no puede entenderse producida por silencio negativo.

necesario acordar el cese del desamparo. Se les tiene que informar de la incoación del expediente para que puedan comparecer en el mismo y ser oídos. Esta notificación se tiene que realizar de forma personal, o a través de un edicto en el Ayuntamiento del último domicilio conocido o en el BOR, si bien con la nueva regulación de la Ley 39/2015 LPAC las notificaciones deberán realizarse preferentemente por medios electrónicos.³⁵

La declaración de la situación de desamparo en LPMLR se declara por la Consejería competente en materia de servicios sociales, a propuesta de la Comisión de adopción, acogimiento y tutela, que tiene que resolver de forma expresa y motivada, comunicándoselo al Ministerio Fiscal en un plazo de 48 horas, y notificándolo a los padres, tutores o guardadores del menor, siendo notificados de la forma explicada anteriormente, reservando la posibilidad de oposición a la resolución. El plazo que tiene la Consejería para dictar resolución es de 3 meses desde que se inicia el expediente, una vez pasado este periodo se entiende que ha caducado el expediente, pero esto no impide que se vuelva a iniciar en caso de que hubiere justa causa.

5.3 Declaración del desamparo de urgencia

En aquellos supuestos donde exista una situación de peligro en las que se exige la intervención de urgencia regulada en el art.53 LPMLR, donde se establece que la Dirección General inicia el expediente de protección declarando de forma inmediata el desamparo, a través de la resolución motivada y disponiendo las medidas que sean necesarias, esta resolución se tiene que remitir al Ministerio Fiscal y a los padres, tutores o guardadores. En el plazo de tres meses desde el inicio del expediente la Consejería, a propuesta de la Comisión, es la que confirmará la situación de desamparo o la cesación y el archivo del expediente.

La resolución determinará la atribución de la tutela a la Administración que asume la guarda y la representación legal del menor. La gran diferencia es que el plazo de realización del inventario no comienza a correr hasta pedir la autorización y no se pueden realizar actos salvo los de carácter no patrimonial cuya realización no admita demora.

5.4 Revocación de la declaración de desamparo

El art.172.3 CC establece que se puede revocar la declaración de desamparo y decidir el retorno del menor con su familia de origen, siempre que sea lo más adecuado para el interés

³⁵Art.41 LPAC.

del menor, la decisión es determinada por la Entidad Pública, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o de la persona o entidad interesada.

La revocación se puede pedir por las personas que estén relacionadas con el menor, los abuelos, hermanos mayores del menor o parientes a los que el juez no les hubiera concedido su tutela civil, serán tenidas en cuenta siempre que sean beneficiosas para el menor la integración en la vida familiar del tutor. También pueden ser pedidas por una entidad interesada para la protección del menor, aquella no tiene que tener finalidad lucrativa y se considera que es conveniente la reinserción del menor en su familia.

La suspensión de la patria potestad o de la tutela puede cesar con el retorno del menor a su familia de origen, la familia tiene un plazo de dos años para oponerse a la suspensión y a la declaración de desamparo, una vez pasado ese plazo de caducidad, puede ejercerse a través del Ministerio Fiscal por el art.172.2.4 CC y además éste puede oponerse a la revocación ante la jurisdicción civil. En caso de que la Entidad Pública la dictara a instancia de cualquier solicitante hay un plazo de 3 meses para oponerse ante los Tribunales civiles.³⁶ En caso de que los padres o tutores, hubieran sido privados judicialmente de la patria potestad, o en el caso de que sea huérfano el menor, la Entidad Pública puede acordar el derecho al retorno en su familia extensa que se hará cargo de este.

La LPMLR en su art.55 regula la cesación de la situación de desamparo y de la tutela de la Administración, estableciendo como causa de cesación, la mayoría de edad, la habilitación o el matrimonio del menor. Asimismo entra como causa de cesación el fallecimiento del menor. También la adopción del menor termina con la situación de desamparo.

Se puede cesar a través de resolución judicial firme que así lo determine, también a través de la resolución del titular de la Consejería competente, a propuesta de la Comisión de adopción, acogimiento y tutela, una vez valorado si las causas o hechos que habían llevado a la situación de desamparo, y se determine la reintegración del menor en su familia. Otra causa de cesación del desamparo es la constitución de la tutela ordinaria sobre el menor en aquellos

³⁶DE PABLO CONTRERAS, P., “Instituciones de guarda...”, op. cit., pág. 637.

casos en los que no suponga la suspensión de la patria potestad o tutela, donde las relaciones con el menor se promueven ante la Autoridad Judicial nombrando un tutor.

5.5 Reintegración del menor en su familia

El art.172 ter CC se priorizará siempre que no sea contrario al interés su reintegración en su familia de origen, en el art.56 LPMLR se establece la reintegración en la familia, una vez declarado el desamparo se realizarán unas actuaciones sobre la familia de origen que pueden contribuir a superar la causa del desamparo. En caso de cesación del desamparo se tiene que acreditar que el padre o madre pueden ejercer las funciones de patria potestad que habían quedado suspendidas. La reintegración en la familia se acuerda cuando se constate que los padres conjuntamente o uno de ellos, puede ejercer las funciones correspondientes a la patria potestad de forma adecuada, teniendo que dar audiencia a los padres y comprometiéndose a ejercerlos, también se tiene que dar audiencia al menor, y en caso de que este tuviera 16 años su consentimiento es expreso.

Cuando se acuerde que se tiene que seguir manteniendo la tutela de la Administración por su reintegración del menor en su familia, se promueve el acogimiento por las personas de su propia familia, el cese del desamparo en caso de que el menor no esté sujeto a patria potestad ni a tutela se nombra un tutor que asuma la tutela o la adopción del menor. En caso de que no sea conveniente para el menor la reinserción en su familia se acordará “sin dilación” la adopción por las personas idóneas, buscando siempre el interés superior del menor en el plazo más breve posible.

6. GUARDA ADMINISTRATIVA

Partiendo de la base de que la guarda es ejercida a través de la tutela por ministerio de la ley, la Administración la asume temporalmente. Esta guarda reviste una forma transitoria, a solicitud de los padres, tutores o incluso del Juez.

En la primera guarda, la extrajudicial son los propios padres o tutores los que ante la imposibilidad de mantener al menor acuden a la Entidad Pública pero siguen teniendo la responsabilidad de los menores. Las novedades se establecen que el plazo de esta guarda, no puede durar más de 2 años, pero se puede realizar una prórroga por el interés superior del menor. Una vez pasado el plazo o la prórroga establecida regresará con sus progenitores o tutores o en caso de que el interés superior del menor aconseje el mantenimiento de estas

medidas se declara la situación de desamparo. Esto según TEJEDOR MUÑOZ impide que actualmente se prolonguen indefinidamente las guardas solicitadas por las partes, en la antigua regulación no establecía la duración de la guarda³⁷. En la LPMLR se establece la guarda solicitada por los padres o tutores en los arts.70 y ss.

En el caso de la guarda judicial es la que se solicita ante el Juez³⁸, ya que éste tiene establecido el deber de adopción de las medidas necesarias para que el menor no sufra ningún daño o peligro y evitar los perjuicios que le puedan afectar. Estas medidas se pueden acordar en un procedimiento civil, penal o incluso dentro de un expediente de jurisdicción voluntaria.

La guarda se tiene que hacer por escrito a través de resolución administrativa estableciendo que los padres o tutores han sido informados de que siguen manteniendo las responsabilidades con el menor. Además la familia se tiene que someter a la intervención profesional para solucionar la situación de desamparo, y en caso de que se trate de menores discapacitados se garantiza por la Administración el apoyo adecuado a sus necesidades. En el supuesto de que la resolución administrativa sea modificada se tiene que justificar esa modificación y se tiene que comunicar a los progenitores o tutores y al Ministerio Fiscal.

Lo más relevante es que a pesar de que la Administración ejerza temporalmente la guarda del menor, este procedimiento no extingue la patria potestad, ni la tutela, sino que supone una delegación en favor de la administración, como ya he dicho los progenitores o tutores mantienen las responsabilidades del menor, y se siguen manteniendo además el derecho a las visitas con el menor³⁹ y a la comunicación con éste.

La guarda y la tutela administrativa se ejercita a través del acogimiento, que puede ser familiar o residencial, teniendo en cuenta siempre el deber de vigilancia y de control del Ministerio Fiscal. En el art.66 LPMLR se establece el contenido de la guarda en la situación de desamparo que corresponde la Administración de la CALR bajo la vigilancia y supervisión del Ministerio Fiscal, donde se establece que la guarda se ejercerá a través del acogimiento familiar o residencial. En la ley se regula además el abono de los gastos originados por el

³⁷TEJEDOR MUÑOZ, L., “La guarda, acogimiento...”, op. cit., pág.181

³⁸El juez es el que tiene la facultad para determinar las medidas de protección del menor pero estas medidas no son ejercidas personalmente por él en el ejercicio de la función de protección.

³⁹En la LPMLR se regula que mientras el menor está bajo la guarda de las administración sigue manteniendo la patria potestad o la tutela, manteniendo el régimen de visitas, ya que no pueden restringirse las visitas, ni las relaciones personales con los parientes o allegados, art.71.4

ejercicio de la guarda en el caso de que los padres tuvieran recursos necesarios, la administración puede requerir previamente a la entrega del menor, a los padres la prestación de la garantía real o personal para atender al pago.

En el art.73 se regula el cese de la guarda a solicitud de los padres, o a través de la emancipación o habilitación de edad. La resolución del titular de la Consejería competente cesa cuando ya no existan los hechos que han motivado la guarda. También es causa de cesación en el caso de que los padres o tutores no se hicieran cargo del menor, se tiene que iniciar el trámite para declarar la situación de desamparo.

En el art.65 de la ley se regulan las medidas de apoyo para cesar la guarda, en el caso de la mayoría de edad o emancipación o en caso de que se habilite la edad por la CALR tiene que adoptar las medidas dirigidas para que su vida independiente sea más fácil e integración sociolaboral.

7. ACOGIMIENTO

En los casos en que un menor es declarado en desamparo donde los progenitores o tutores no se pueden hacer cargo de él y la Administración sin quitar la patria potestad a los progenitores se hacen cargo del menor. El acogimiento puede ser el acogimiento familiar, y el residencial, con la nueva ley de 2015 da mayor preferencia al familiar frente al residencial. Otra novedad en esta materia es la desjudicialización de la protección de menores concediéndole a la Administración la competencia, pero se seguía manteniendo la judicialización en caso de que los padres se opongan al acogimiento familiar, pero con la entrada de la Ley 26/2015, desapareció la referencia al consentimiento o falta de oposición de los progenitores o tutores.⁴⁰

7.1 Acogimiento familiar

El acogimiento familiar se regulaba en un principio por vía administrativa, a través de la Ley 21/1987, no se incorporó como tal el acogimiento familiar pero sí que se modificó el CC. En la nueva redacción del CC en su art.172 ter se regula el acogimiento familiar como aquel que se realizaba por la persona que establezca la Entidad Pública, dando prevalencia a éste, y si no es posible, a través del residencial.

⁴⁰CABEDO MALLOL,V., “Principales novedades incorporadas...”, págs.76 a 85.

Además hay que tener en cuenta que el propio menor tiene que dar el consentimiento sobre los acogedores, en caso de que tenga la madurez suficiente y en todo caso si es mayor de 12 años. La familia acogedora tiene que cumplir con los deberes de protección del menor, velar por él, tenerlo en compañía, alimentarlo, educarlo, y tener un entorno afectivo integral. En caso de tratarse de menores discapacitados se tiene que continuar con los apoyos especializados adecuado para sus necesidades.

El acogimiento familiar se adopta por resolución de la Entidad Pública que tiene la tutela o la guarda, valorando a la familia para el acogimiento teniendo en cuenta las circunstancias del menor y de la familia acogedora, su capacidad de atender a las necesidades, la naturaleza y finalidad del acogimiento, e intentando cumplir el plan individual de atención, así como el programa de reintegración familiar permitiendo las visitas de la familia de origen. DE PALMA DEL TESO establece que es recomendable que en la resolución se establezca el régimen de visitas, y además que controle e intervenga si es necesario para que la familia acogedora *“no tenga una conducta de apropiación del menor, ni dificulte la relación con su familia”*.⁴¹

El acogimiento en favor de la familia extensa se tiene que dar en caso de que existan familiares, además de cumplir con la legislación autonómica, la familia extensa es un concepto definido por ésta. Muchos autores promueven el acogimiento en favor de estos, y en caso de se opte por acogimiento en familia ajena es necesario que establezca en la resolución las razones y los motivos por los que se ha descartado a la familia extensa como acogedora.⁴²

Según el art.79 LPMLR el menor se integra en una familia estable y adecuada para las necesidades del menor bien sea con carácter temporal, permanente o como paso previo a la adopción. La persona acogedora tiene que prestar los cuidados necesarios y velar por él, además de colaborar con la Administración para cumplir con el plan de integración social del menor, permitiendo la realización de visitas y las labores de seguimiento que se desarrollen.

⁴¹PALMA DEL TESO, A., *Administración públicas y protección de la infancia en especial, estudio de la tutela administrativa de los menores desamparados*, Ministerios de Administraciones Públicas, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2006, pág.376, basado en ABAD ARENAS, E., en “El acogimiento familiar...”, op. cit.

⁴²El art.75 LPMLR establece los Criterios Generales a través de los que la Consejería de Servicios Sociales aplica el acogimiento, se da prioridad al acogimiento familiar frente al residencial. Se da preferencia manteniendo al menor en su entorno propio en su familia extensa. Se tiene que promover el retorno a su familia de origen, además de fomentar los vínculos familiares, es decir que los hermanos tienen que ir a una misma familia o favorecer las visitas entre ellos.

El acogimiento familiar puede adoptarse de distintas formas, teniendo en cuenta los objetivos, las circunstancias y la duración, el acogimiento familiar puede ser acogimiento simple: de urgencia o temporal, o el acogimiento permanente.

El acogimiento simple es aquel que se da de forma transitoria o provisional donde el menor se entrega a una familia hasta que se solucione la situación que le ha llevado al acogimiento, esta situación puede terminar con la reinserción del menor en la familia de origen o a través de la adopción. Dentro del acogimiento simple se encuentra el acogimiento de urgencia. En este acogimiento no hay institucionalización del menor, al tratarse de un periodo breve, e incorporando atención inmediata a la familia. Los destinatarios de estas medidas suelen ser menores de 6 años y la duración no es superior a seis meses.

El acogimiento familiar temporal se caracteriza por tener un carácter transitorio cuando el menor va a volver a reinsertarse en su familia de origen o cuando se prevea una medida de protección más estable como el acogimiento permanente o la adopción. Este tipo de acogimiento tiene una duración de dos años, salvo que el interés superior del menor indique que es necesaria una prórroga. El acogimiento familiar es aplicable para la guarda del menor que asume la Entidad Pública a solicitud de los padres pero puede derivar de la decisión judicial o a través de una situación de desamparo de un menor que está en situación de riesgo.

En el caso del acogimiento permanente se constituye una vez finalizado el plazo de dos años del acogimiento temporal, se produce en los casos en los que el menor no puede reinsertarse en su familia de origen, en situaciones donde el menor va a estar en desamparo un tiempo prolongado, que puede conllevar la adopción. ABAD ARENAS⁴³ establece como causas de esta medida la existencia de problemas físicos o psíquicos, la elevada edad del menor que impiden la adopción. En este tipo de acogimiento es necesario que la Entidad Pública tenga la tutela administrativa del menor. La Entidad Pública puede solicitar ante el Juez que a los acogedores permanentes se les atribuyan las facultades de desempeño de las responsabilidades. Por lo que se requiere que en este tipo de acogimiento es necesario que la

⁴³ABAD ARENAS, E., establece que esta medida se incorpora en el CC, aplicándose en todas las CCAA debido a que éstas no tienen competencia en materia de legislación civil, en “El acogimiento familiar...” op. cit., pág.285.

Entidad Pública tenga la tutela administrativa del menor, tanto con el contenido personal como el patrimonial, por lo que no puede delegar por sí misma su condición de administrador legal, ya que tienen que velar con la diligencia de un buen padre de familia.

También se regula el acogimiento preadoptivo entre la familia de acogida y el menor, para que se conozcan y se adapten. Este tipo de acogimiento se da a la familia que solicita la adopción, por lo que este acogimiento no tiene sentido si el menor va a ser reintegrado en su familia de origen, pero hay que tener en cuenta el interés superior del menor y valorar las circunstancias de éste.

Se puede promover la adopción en caso de que la Entidad acuerde el acogimiento preadoptivo por las personas que se han determinado como idóneas, en el actual art.176 bis se establece que la Entidad pública puede una vez presentada la propuesta de adopción, la delegación de la guarda con estos fines. También se puede constituir judicialmente la adopción, sin ser necesario el consentimiento de los progenitores privados ni de los que tengan suspendida⁴⁴ la patria potestad, a través de una sentencia firme. DE PABLO CONTRERAS⁴⁵ establece que en caso de que no estén ambos padres privados de la patria potestad no puede ser entregado el menor en acogimiento preadoptivo.⁴⁶

La Ley además establece que en caso de acogimiento en familia ajena que se denomina acogimiento profesional establece una compensación económica para aquellas familias que algunos de sus miembros dispone de cualificación, experiencia para desempeñar una función en los menores con necesidades o circunstancias especiales con plena disponibilidad, sin que esto suponga una relación laboral. Aunque este acogimiento especializado es profesionalizado, en caso de que se reúnan estos requisitos siempre que exista una relación laboral entre los acogedores y la Entidad Pública. En el art.82 LPMLR se establece el número de menores que pueden tener en este tipo de acogimiento, la remuneración y los requisitos que se tienen que cumplir que vienen determinados por vía reglamentaria. Este tipo de acogimientos permite a los menores desarrollar su vida en un

⁴⁴No es necesario el consentimiento de los padres que tengan suspendida la patria potestad en caso de que hayan pasado dos años desde que se notifica la declaración de desamparo, sin que hubiera oposición.

⁴⁵DE PABLO CONTRERAS, P., “Instituciones de guarda...”, op. cit., pág. 635.

⁴⁶En la STS se reafirma la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Granada mantenido a los menores en la familia de acogida para evitar la situación de riesgo en la que los menores podían haber vuelto a caer, teniendo en cuenta que los menores estaban arraigados a la familia de acogida, y destaca que la Audiencia Provincial ha realizado un informe estableciendo las causas por las que sería apropiada la aproximación del menor con la madre, pero el TS entiende que no analiza la repercusión negativa que puede afectar a los menores que ya están arraigados en la familia. STS 7872018, fecha 14 de febrero 2018(ROJ 404/2018).

entorno familiar y evitar la institucionalización de los menores y La Rioja crea programas de Preparación y Apoyo a Familias Acogedoras, que buscan alternativas para que los menores se desarrollen y consigan el apoyo familiar.

También cabe destacar el acogimiento en hogar funcional⁴⁷ dependiendo del ordenamiento jurídico se suele tratar como un acogimiento familiar y en otros como residencial. En el caso de LPMLR su art.83 se considera un acogimiento familiar simple o permanente, donde en un núcleo familiar conviven de un modo habitual su responsable o responsables. Este acogimiento funcional tiene un carácter remunerado, conforme al régimen y cuantía que se establece reglamentariamente. El máximo de menores que puede haber en cada hogar funcional se establece por vía reglamentaria. La Consejería de Servicios Sociales tiene que inspeccionar y controlar estos hogares, y los responsables de estos hogares están obligados a informar periódicamente sobre la situación personal del menor. Es necesario que se exprese por resolución administrativa estableciendo la persona o personas que van a asumir el contenido personal de la guarda, es necesario que se formalizase con el consentimiento de las partes.

7.1.1 Elección del acogedor

Está regulado en el art.173 CC, como ya he dicho el acogimiento familiar consiste en que el menor se integra una familia que puede ser en la suya extensa o en una familia ajena, donde el menor tiene que poder participar en la vida de la familia. La LOPJM en su art.20⁴⁸ regula esta modalidad reenviando a la regulación recogida en el CC. En la regulación anterior se requería el consentimiento de los progenitores o tutores, y en caso de que éste no se de, el acogimiento tendrá que ser acordado por decisión judicial. En cambio con la regulación actual basta el consentimiento de los acogedores y del menor acogido en caso de tener la madurez necesaria o en todo caso, fuera mayor de 12 años y existe la posibilidad de oponerse a partir de la constitución posterior del acogimiento en relación con el ejercicio de la persona o personas elegidas por la Entidad Pública.

⁴⁷En el caso de la LPMLR puede depender de la CA, de las Entidades Locales o de la Institución colaboradora de integración familiar que esté acreditada.

⁴⁸En la antigua redacción del art.173.2 CC, pero actualmente con la entrada en vigor de la Ley 26/2015, se regula en el art.20.2 de la LOPJM.

En el art.173.3 CC se establece que si surgen problemas graves de convivencia entre el menor y las persona en quien se hubiera confiado la guarda en acogimiento familiar, el acogedor, el Ministerio Fiscal, los progenitores o tutores que estén privados de la patria potestad o de la tutela o de las persona interesadas podrán solicitar a la Entidad la remoción de la guarda. Esta resolución puede ser recurrida ante la jurisdicción civil por el Ministerio Fiscal. Pero la denegación de la Entidad Pública de la pretensión de que los acogedores sean sustituidos puede ser recurrida ante el juez civil por cualquiera de los legitimados a solicitar, los padres o tutores del menor.

7.1.2 Acogimiento administrativo y acogimiento judicial.

Cabe hacer una breve diferenciación entre el acogimiento administrativo que es aquel en que las partes están de acuerdo con la decisión de la administración y el acogimiento judicial cuando no están de acuerdo con la decisión, que normalmente suelen ser los progenitores, y tienen que intervenir los jueces para determinar la decisión.

El acogimiento familiar se considera administrativo en caso de que haya acuerdo de las partes y en caso de que no haya consentimiento de los padres o tutores se trate de un acogimiento judicial. Por lo que consiste en una medida establecida por la Administración⁴⁹ que tiene atribuida la tutela del menor, los padres pueden haber prestado el consentimiento, en caso de que no haya consentimiento tiene que ser adoptado por la decisión judicial. La Administración tramitará al Juez la propuesta de acogimiento en un plazo de 15 días, se puede disponer incluso el acogimiento provisional del menor si es necesario.

7.1.3 Causas de cesación del acogimiento

Las causas de cese están recogidas expresamente en el art.173.4 CC, entre las que se encuentran la mayoría de edad, de esta forma se extingue la guarda por la Entidad Pública en el acogimiento. En el art.173.5 CC se establece una obligación de reserva de las actuaciones de formalización y cesación del acogimiento. En las demás causas no se extingue la guarda de la Administración, por lo que puede ser nombrado otro para acogerse posteriormente. Las

⁴⁹Según PALMA DE TESO establece que se trata de un privilegio de la administración ya que dicta un acto administrativo con presunción de validez y eficacia inmediata y puede imponerse en forma forzosa. PALMA DEL TESO, A., *Administración públicas...*, op. cit., basado en ABAD ARENAS, E., en “El acogimiento familiar...”, op. cit.

causas que se recogen en el art. es por resolución judicial, de oficio o ser propuesta por el Ministerio Fiscal, de los progenitores, tutores, acogedores y del menor si tuviera madurez suficiente, cuando se considere necesario para salvaguardar el interés del mismo, oídos los acogedores, el menor, sus progenitores o tutores.

Se recoge como causa de cesación del acogimiento la muerte o declaración de fallecimiento del acogedor o acogedora del menor, pero esto no impide que se nombre otro acogedor por la Entidad Pública para velar por el interés superior del menor.

7.2 Acogimiento residencial

El acogimiento residencial es un mecanismo de protección de los menores, que a lo largo de la historia ha ido evolucionando. En un principio esta medida estaba destinada los menores abandonados o desprotegidos, como son el caso de los hospicios. Pero a partir de la entrada en vigor de la LOPJM en su art.11.2 se establece la integración familiar, y las CCAA tienen la competencia exclusiva en esta materia y han dado mayor preferencia al acogimiento familiar, pero en los años 80 en España era prioritario este tipo de acogimientos.

Este tipo de acogimiento se regula en el art.87 LPMLR el acogimiento residencial comporta el ingreso del menor en un centro de titularidad de la CA, o a través de una institución pública o privada que colabora y reúne las características, tiene como finalidad la atención, educación y formación adecuada. Estos acogimientos se suelen dar en menores que están próximos a la mayoría de edad, ya que se les puede enseñar una vida independiente, aunque en ocasiones sea preferible el acogimiento profesionalizado, entendiéndose que se da preferencia al acogimiento familiar para los menores de corta edad.

Actualmente se adopta esta medida cuando el acogimiento familiar no es posible, siempre teniendo en cuenta el fin superior del menor, se acuerda este acogimiento estableciendo los recursos y los medios necesarios para el retorno del menor con su familia o las medidas, por lo que tiene que tener un carácter transitorio, intentando que el menor permanezca internado el menor tiempo posible, se da en supuestos que se haya adaptado a la vida con otra familia o hayan ocurrido interrupciones entre los acogimientos familiares previos, o cuando el menor haya requerido atención especializada por enfermedad, minusvalía o trastornos. También en los supuestos donde no es factible otra alternativa, en supuestos en que el menor, en los casos en que la familia de origen prefiere los profesionales

del centro y el régimen de visitas que las que se da por la familia de acogida, por ello ABAD ARENAS destaca que este tipo de acogimiento puede ser más aconsejable para que se implique la familia en el menor y su reingreso en ella.

Estos centros de acogimiento tienen que reunir las características necesarias para que el menor esté protegido, se desarrollen las visitas y la relación con la familia⁵⁰, intentando que los padres realicen actividades de apoyo y preparación de la reintegración familiar, incluyendo periodos de estancia del menor con la familia en fines de semana o vacaciones, en todo caso estas medidas no suponen el cese del acogimiento residencial. Esta atención a los menores se realiza mediante un plan de intervención individualizado, analizando las necesidades de éste, que se tiene que elaborar en un plazo de un mes desde que se adopta la medida. La titularidad del menor la mantiene la administración, a pesar de que el ejercicio se delega en el director o en la persona responsable del centro, por lo que se tiene que ejercer colaborando la Administración y el Ministerio Fiscal.

Los centros pueden ser públicos o concertados, bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal y la Administración, debiendo inspeccionar y supervisar el funcionamiento y el cumplimiento de los programas, enviando un informe valorativo al Ministerio Fiscal y tratando de que se respeten los derechos del menor. En el art.89 LPMLR se define que son públicos los centros cuya dirección y gestión corresponda con la Administración de la CA. Por centros concertados se entienden los que pertenecen a otras entidades públicas o privadas y carecen de ánimo de lucro, están autorizados como órganos administrativos competentes si cumplen los requisitos establecidos reglamentariamente. La Rioja establece que se inspeccionará y supervisará semestralmente, el funcionamiento de los centros y cumpliendo los programas de protección generales o individuales, emitiendo un informe valorativo que se remite al Ministerio Fiscal.

En los arts.88 y ss. se regula el procedimiento de ingreso, el régimen y organización de los centros de acogimiento residencial de menores, corresponde a la CA determinar los centros en que se ingresa al menor, la decisión tiene que ser tomada de forma motivada, considerando las plazas, las características del centro y las circunstancias del menor y sobre

⁵⁰La Ley 26/2015 modifica el art.172 ter, sobre el régimen de visitas y la reintegración del menor en su familia de origen, y que la guarda de los hermanos se confíe a la misma institución o por la misma persona. Este régimen de visitas y comunicaciones se revisará cada 6 meses.

todo el interés superior del mismo. La adopción de este acogimiento residencial se tiene que comunicar de forma inmediata por escrito a los padres, tutores, guardadores y al Ministerio Fiscal, se incluye la notificación al propio menor en caso de que éste tuviera el suficiente juicio.

En el caso de La Rioja se regulan los centros dependiendo de las características de la población que atienden, internado a menores que tengan características similares, para evitar que la situación pueda resultar perjudicial o arriesgada para el menor. Estos centros se organizan en unidades de convivencia reducidas que favorecen la atención al menor, el desarrollo integral de su identidad, intimidad y desarrollando relaciones afectivas personalizadas.

Además estos centros tienen que disponer de un proyecto socio-educativo general, independiente de que se haga a cada menor, y las normas del régimen interno tienen que desarrollarse a través de un reglamento. Además se establece que el personal del centro tiene que realizar un proyecto individualizado para desarrollar el objetivo personal e integración social, fijando los objetivos a corto, medio y largo plazo, potenciando la preparación especial y ocupacional.

La LPMLR regula el art.91 del acogimiento residencial especial en los casos que haya menores con grandes deficiencias, discapacidad física o psíquica sujetos a protección que se realizarán en centros especiales, en su caso con la autorización judicial correspondiente. Incluyendo al menor consumidor de drogas el acogimiento se realizará en centros especializados a sus necesidades, si no fuera suficiente su tratamiento en los centros ambulatorios. En caso de que el menor tenga grandes problemas de socialización, inadaptación o tenga un desajuste social se establecen centros especiales, que tengan como fin un proyecto socio-educativo para la integración social del menor y la incorporación de los menores en centros normalizados. La Rioja también regula que en caso de que la CA no tenga un centro especializado se acordara el aislamiento residencial en un centro adecuado en otra CA, acreditando en el expediente la autorización de la Administración que es competente.

La STS 535/2017, de 2 del octubre, determina que el acogimiento residencial determinado para el menor que no se encuentra en tal situación de desamparo ya que existe un compromiso paternal de la progenitora, y determina que por el interés del menor al igual que determina la sentencia de la AP de Castellón de la Plana no tiene que prorrogar el acogimiento y que el menor se mantenga en su familia de origen, con las medidas necesarias

para que la madre pueda mantener al menor⁵¹. De esta sentencia cabe destacar que la jurisprudencia actual intenta mantener al menor en su familia de origen intentando socorrer a los progenitores o tutores para que los intereses de los menores no se vean afectados, por lo que es primera la situación de riesgo a la declaración del menor en desamparo.

7.3 Publicidad registral

En el Registro Público tienen que constar los acogimientos, esto se reguló a través de Ley 1/2009, de 25 de marzo, el Registro Civil puede actuar como un medio de publicidad y en la Ley 20/2011, de 21 de julio, el Registro Civil⁵² modernizando e introduce anotaciones registrales como el acogimiento, la guarda administrativa y la guarda de hecho, se tienen que inscribir a los menores abandonados y a los no inscritos. Las CCAA son competentes en materia de protección que tienen que inscribir la tutela administrativa que asuma sin perjuicio de la anotación de la guarda, promovida por el ministerio Fiscal. Los Registros Municipales tienen que realizar por duplicado las inscripciones, teniendo que enviar una al Registro Civil Central.

En los arts.112 y ss. LPMLR se recoge el registro de protección de menores que será único para toda la CA, con carácter reservado y no constitutivo. Está compuesto por tres libros distintos, los menores sometidos a protección, las solicitudes de acogimiento o adopción, y las entidades colaboradoras. El registro tiene que garantizar la confidencialidad de los datos sobre los menores sometidos a protección, además de las solicitudes de acogimiento o adopción, no tendrán acceso a ellos más que el personal de la Dirección General competente y los que acrediten el interés personal, legítimo y directo para acceder a esa información.

8. CONCLUSIONES

Como he destacado el menor de edad está protegido por una legislación especial para que sus derechos e intereses no se vean perjudicados por terceros, de esta forma las nuevas regulaciones recalcan la toma de decisiones por parte de las Entidades Públicas destacando el interés superior del menor, dando de esta forma mayor preferencia a que el menor se

⁵¹En la STS 535/2017(ROJ 3469/2017) se establece que la madre tiene que cumplir con la cautelas que se establecen ya que ahora esas medidas no son administrativas sino que son judiciales y que las tiene que cumplir ya que en caso de no someterse al PIF, como es el caso de que el menor no se mantenga escolarizado, éste puede ser declarado en desamparo.

⁵²A pesar de que esta ley tendría que haber entrado en vigor el 30 de junio de 2017, no ha entrado todavía, su entrada en vigor está programada el 30/06/2018.

mantenga dentro de su núcleo familiar de origen antes de tomar medidas más drásticas, como puede ser separar al menor de sus progenitores y tutores. He querido destacar que puede ser mejor para el menor solucionar los problemas en su familia de origen a través de la declaración de riesgo por los progenitores o tutores que siguen manteniendo la patria potestad o tutela del menor pero la Administración Pública pone las medidas necesarias para corregir esa situación que puede llevar al menor a una declaración de desamparo. Es importante por lo tanto la figura del “socorro” para ayudar a las familias que así lo necesiten y que no sean declarados en desamparo los menores cuyos progenitores o tutores se encuentren en una situación de pobreza al no tener los medios económicos o físicos para mantener al menor, la Administración tiene que cubrir esas necesidades para el que menor se desarrolle física y psíquicamente en la mejor de las condiciones. Ya que en muchas ocasiones son los propios progenitores o tutores los que ante la imposibilidad de mantener al menor, entregan la guarda a la Entidad Pública.

En caso de que esas medidas no se puedan realizar o no sean cumplidas, el menor será declarado en desamparo a través del cual la Administración asumirá la guarda del menor por vía del acogimiento ya sea familiar o residencial. En esta declaración toma especial relevancia el derecho a ser oído del menor, ya que éste tiene un carácter preferente como en el caso en que el consentimiento del menor es necesario para fines adoptivos.

Dentro ya de la figura del acogimiento la nueva legislación, así como la de La Rioja ya lo recogía, se da preferencia al acogimiento familiar frente al residencial, teniendo en cuenta el interés superior del menor, y siempre que sea posible se intentará dar al menor en acogimiento a su familia extensa. En todo caso se tienen que respetar los derechos del menor y permiten las visitas de los progenitores o tutores según los términos que establezca la ley.

En el trabajo resalto la importancia de la reinserción del menor dentro de su familia de origen destacando el papel de la Entidad Pública para ayudar a la familia de procedencia a superar las causas que llevaron al menor a esa situación de desamparo. Dentro de la reinserción un papel muy importante para que el menor no llegue a salir del todo de su familia de origen es el derecho de visitas que tiene que permitirse por los acogedores, para que el menor cuando sea posible pueda volver con su familia de procedencia.

De todo esto se destaca que la figura del desamparo tiene que ser el último de los mecanismos para la protección del menor, teniendo que dar prioridad a solucionar los problemas en el origen para que el menor no sea separado de su familia, y no tiene que ser un mecanismo totalmente discrecional, sino que tiene que basarse en causas y circunstancias graves por las que el menor tenga que salir de su núcleo familiar, no solo con la justificación de que en otras circunstancias el menor viviría mejor, sino que la situación de origen suponga un grave perjuicio para el menor.

BIBLIOGRAFÍA:

ABADA ARENAS, E., “El acogimiento familiar y residencial” en CABEDO MALLOL, V.J., RAVETLLAT BALLESTÉ, I., *Comentarios sobre las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, págs.273-304.

CABEDO MALLOL, V.J., “Principales novedades incorporadas por las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia: luces y sombras”, en CABEDO MALLOL, V.J., RAVETLLAT BALLESTÉ, I., *Comentarios sobre las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, págs.49-86.

CAZORLA GONZÁLEZ - SERRANO, M^a.C., “La protección jurídica del nasciturus en el ordenamiento jurídico español”, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, 2017.

CORTÉS BLANCO, M., “Del estigma al mito: Los niños expósito, Ediciones Irrevertes” (en línea), <http://www.edicionesirreverentes.com/newReportajes/reportajes/exposito.htm>.

DE PABLO CONTRERAS, P., “Instituciones de guarda y protección de menores o discapacitados. Guarda de Hecho. Declaración de desamparo. Acogimiento”, en YZQUIERDO TOLSADA, M., CUENA CASAS, M., *Tratado de Derecho de la Familia* (Volumen VI), Aranzadi, 2017, págs.531-660.

FEPA- “La emancipación de jóvenes tutelados y extutelados en España, en Federación de entidades con proyectos y pisos asistidos”, (en línea), <https://www.fepa18.org/wp-content/uploads/2014/04/LA-EMANCIPACION-EN-ESPAÑA-DIC13.pdf>, Diciembre, 2013.

GARCÍA MEDINA, J., “La reforma del Derecho de Familia desde un enfoque de Derecho Humano”, en MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Los conflictos actuales en el Derecho de Familia*, Thomson Reuters, 2013, págs.161 y ss.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., “El interés del menor en la jurisprudencia”, en *La concreción del interés del menor en la jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, págs.117-130.

LARIOJA.ORG, “Programa de apoyo a familias acogedoras”, (en línea), <http://www.larioja.org/servicios-sociales/es/infancia/programas-apoyo-medidas-proteccion/programa-apoyo-familias-acogedoras>.

MARTÍN, E., “Niños, niñas y adolescentes en acogimiento residencial. Un análisis en función del género”, *Revista Qrrriculum*, Enero 28, 2015, págs.88-102.

MARTÍNEZ GARCÍA, C., *Los sistemas de protección de menores en la España de las Autonomías: situación de riesgo y desamparo de menores. Acogimiento familiar y acogimiento residencial*, Dykinson, S.L., Madrid, 2007.

MORENO-TORRES SÁNCHEZ, J., *La seguridad Jurídica en el sistema de protección de Menores Español*, Cizur Menor, Navarra, Aranzadi, 2009.

MORETÓN SANZ, M^a.F., “Las declaraciones de situación de riesgo y desamparo en la nueva regulación estatal”, en CABEDO MALLOL, V.J., *Comentarios sobre las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, págs.249-272.

MURILLAS ESCUDERO, J.M., “Análisis de la evolución legislativa de la protección de menores en la Comunidad Autónoma de La Rioja”, *REDDUR* 9, Diciembre, 2011, Págs.307-333.

JORNADAS INFORMATIVAS DE LA LEY DE PROTECCIÓN DE MENORES DE LA RIOJA, 2006, GOBIERNO DE LA RIOJA.

PADIAL ALBÁS, A., TOLDRÀ ROCA, M^a.D., *Estudios jurídicos sobre la protección de la infancia y de la adolescencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

PASCUAL MEDRANO, A., “La ley riojana de protección jurídica del menor: ámbito competencial, estructura y principios generales. La protección y defensa de los derecho del menor”, en *Jornadas Informativas de la Ley de Protección de Menores de La Rioja*, 2006.

PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., “La Ley de protección de menores de La Rioja de 28 de febrero de 2006” en *Jornadas Informativas de la Ley de Protección de Menores de La Rioja*, 2006.

RAMÓN FERNÁNDEZ, F., “ El derecho del menor a ser oído y escuchado en todas aquellos asuntos que le afecten” en CABEDO MALLOL, V.J., RAVETLLAT BALLESTÉ, I., *Comentarios sobre las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, págs.132-158.

TEJEDOR MUÑOZ, L., “La guarda, acogimiento y desamparo de menores” en POUS DE LA FLOR, M^a.P., TEJEDOR MUÑOZ, L., *Protección jurídica del menor*, Tirant lo blanch, Valencia, 2017, págs.143-211.